

# 影视演员肖像权纠纷的实证研究

刘承晔

(中国政法大学 比较法学研究院,北京 100088)

**摘要:**肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可被识别的外部形象,它是特定自然人外部形象通过一定载体的客观再现。影视演员肖像权侵权判定是实务中的疑难问题,表现为肖像的判断标准及侵权构成要件。肖像的判断标准不应当局限于自然人的面部特征,而应拓宽至具有可识别性的肖像载体,即他人认为肖像载体可以指向特定自然人。对于侵权构成要件,应放弃“以营利为目的”要件,在扩大肖像权的保护范围的同时,区分权利范围和合理使用行为,实现肖像权的最大社会价值。

**关键词:**肖像;可识别性;侵权要件;合理使用;实证分析

中图分类号:D913 文献标识码:A 文章编号:1008-7699(2019)01-0027-08

DOI:10.16452/j.cnki.sdkjksk.20190129.006

肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可被识别的外部形象,它是特定自然人的外貌利用特定载体的客观再现。肖像权是指自然人本人或许可他人依法制作、使用、公开自己肖像的权利,它是以人的人格尊严为基础,兼具有精神利益以及财产利益的具体人格权。影视演员的肖像载体除与其他自然人相同之处外,还有剧照、角色形象等一些特殊的载体,表现形式更为多样,因其“明星效应”所带来的较高的公众关注度导致其肖像被商业化利用的范围也更广,故从影视演员的肖像权入手研究自然人的肖像权问题则更具有代表意义和全面的视角。本文对近年发生的几起涉及影视演员肖像权纠纷的典型案件进行分析、阐述,意在总结当前我国对侵犯肖像权的判断标准,探究肖像权保护的未来发展趋势。

## 一、影视演员肖像权纠纷典型案件的分析与思考

### (一)张柏芝诉梧州远东美容保健用品有限公司肖像权纠纷案<sup>①</sup>

传统意义上的照片是用感光纸放在照相底片下曝光后经显影、定影而成的人或物的图片,但随着影像、网络技术的飞速发展,照片的含义已不再局限于前述的传统意义上的图片,而是指能够客观再现人或物形象的影像图片。

因为照片更具说服力,而如今 PS 技术也是最容易操作的计算机技术之一,在实践中未经同意擅自使用影视演员的照片为自己进行商业宣传,是目前最为常见的侵害肖像权的作法。此类案例几乎占据了影视演员肖像权侵权纠纷案件的绝大部分,举不胜举。例如,张柏芝诉梧州远东美容保健用品有限公司(以下简称“远东公司”)肖像权纠纷案中,原告张柏芝与广西梧州索芙特保健品有限公司(以下简称“索芙特公司”)签订了聘请张柏芝担任索芙特公司产品形象代言人的广告合约,原告于 2003 年 4 月在无锡市场上发现被告远东公司生产的产品包装印有张柏芝照片的“索芙特瘦身沐浴露”“索芙特 082 深层减肥香皂”“索芙特瘦脸洗面奶”洁护肤产品。同时,被告远东公司与索芙特公司间并无关联关系。因此,原告以被告在三种产品的包装上使用原告肖像进行商品宣传,侵犯其肖像权为由,将被告诉至法院,最终法院认定远东公司擅自使用原告的肖像且以营利为目的,侵犯了原告的肖像权。

此类案件因未经肖像权人同意直接使用了含有肖像权人外在真实容貌特征的照片,且以营利为目的,受

收稿日期:2018-11-15

作者简介:刘承晔(1977—),男,山东潍坊人,中国政法大学比较法学研究院教授、博士生导师,北京市影视娱乐法学会常务副会长,法学博士。

<sup>①</sup> 见江苏省无锡市中级人民法院(2005)锡民初字第 101 号一审判决书;江苏省高级人民法院(2006)苏民终字第 109 号二审判决书。

理法院无可争议地认定侵犯肖像权行为成立,判令被告承担侵权责任。

(二)葛优诉艺龙网信息技术(北京)有限公司肖像权纠纷案(以下简称“葛优案”)①

葛优是我国的知名影视演员,其在电视剧《我爱我家》中扮演的懒惰耍赖骗吃骗喝的纪春生在沙发上放松瘫坐的经典形象被网友戏称为“葛优躺”,瞬间在网络中走红。葛优于2016年7月发现艺龙网信息技术(北京)有限公司(以下简称“艺龙网公司”)在其实名认证的“艺龙旅行网”官方微博号中发布含有“葛优躺”表情包的微博,用于网站宣传,其中大部分表情包为“纪春生”在沙发上瘫坐的截图。葛优认为侵害其肖像权,因而诉请艺龙网公司停止侵权、赔礼道歉并赔偿损失。艺龙网公司在一审中辩称涉案图片为剧中人物“纪春生”的剧照,并非葛优肖像,图片内容为“纪春生”的身体动作,所利用的是剧中人物的性格特征,不同于葛优的肖像特征,主张未侵犯葛优的肖像权。一审法院审理认为,艺龙网公司的行为构成对葛优肖像权的侵犯,判决艺龙网公司在其微博账户发布致歉声明,并酌情确定葛优的损失及维权合理支出。艺龙网公司不服一审判决,提出上诉,但北京市第一中级人民法院驳回上诉,维持了原判。此案在影视行业、法律界引发一定程度的关注,并一度成为公众热议的话题。

相对较早时期发生的蓝天野诉天伦王朝饭店有限公司(以下简称“王朝饭店”)、北京电影制片厂(以下简称“北影厂”)肖像权、名誉权纠纷案②(以下简称“蓝天野案”),是一起因使用剧照引发的肖像权纠纷案。原告蓝天野于2001年11月在王朝饭店的“影艺食苑”餐厅用餐时,发现在该餐厅内摆放着电影《茶馆》剧照及人物剧照展示架,其中含有其扮演的“秦二爷”形象。随后,蓝天野以北影厂擅自许可王朝饭店使用含有其肖像的剧照,侵犯其肖像权和名誉权为由,将两被告诉至法院要求停止侵权、赔偿损失。被告王朝饭店辩称电影剧照并非肖像,且其使用的剧照已经取得电影《茶馆》制片人即北影厂的同意;被告北影厂辩称,电影《茶馆》的著作权归其所有,有许可他人使用的权利,且原告作为表演者在影视作品表演中代表的不是其本人,是剧中人物即角色,角色形象不等于角色扮演者的个人形象,其不能代替角色享有角色的肖像权。法院经审理认为,在涉案的人物剧照中,饰演“秦二爷”角色的表演者即原告的面部形象特征清晰,该剧照不仅令一般公众辨别出是电影《茶馆》中的镜头,且令一般公众分辨出饰演“秦二爷”角色的表演者是原告,从识别性的角度看,原告对涉案剧照享有肖像权,最终法院支持了原告关于侵犯肖像权的诉求。此案判决时间是2003年,在当时关于剧照是否含有表演者的肖像权存在较大争议的背景下,无疑对日后的类似案例起到了积极的引导作用。

上述两个案件都因使用人物剧照侵犯演员的肖像权而引发,涉及两方面的问题,其一是未经许可使用含有演员肖像的人物剧照是否侵犯演员的肖像权,其二是人物剧照的著作权与演员肖像权的关系。对于是否侵犯肖像权的问题,两案均作出了准确回答,其中“葛优案”一审判决认为,当一般社会公众将表演形象与表演者本人真实的相貌特征联系在一起时,剧照所涉及的性能者表演形象亦为表演者肖像的一部分,一般社会公众看到《我爱我家》中的“葛优躺”时,该表演形象不可避免地葛优本人相联系,构成葛优的肖像内容,并非如艺龙网公司所称人物剧照完全无肖像性质。对于剧照著作权与演员肖像权关系的问题,葛优躺案判决在认定影视作品相关的著作权与表演者的肖像权均存在且并不冲突的情况下,就确定艺龙网公司的赔偿金额时考虑了“因涉案图片大部分为剧照,本案判决仅涉及葛优个人的肖像权,应为剧照权利人留有部分赔偿份额”,表明了表演者的肖像权以及剧照作品的著作权均受法律保护的态度;蓝天野案针对北京电影制片厂作为电影《茶馆》的制片人及版权所有人,在未与原告就肖像使用范围进行特殊约定的情况下允许被告天伦王朝饭店使用涉案剧照超出了其合理使用范围,确定北京电影制片厂同样构成侵权,表明剧照作品著作权人并非无限制地可以通过剧照使用演员肖像,阐述了影视剧作品所有人合理使用演员肖像的红线,未来如何能够更清楚、更有效地划定两者权利的边界是一个十分有意义的话题。

从上述两案的判决理由可以看出,未经演员同意使用人物剧照从而引发侵犯肖像权的判别依据是识别

① 见北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初39764号一审判决书;北京市第一中级人民法院(2018)京01民终97号二审判决书。

② 北京市东城区人民法院(2002)东民初字第6226号一审判决书。

性或者紧密联系性,即一般公众看到剧照除了辨别或联想到影视剧目、角色以外,会分辨出表演者的身份,能够在心理或感情上对饰演者的身份产生紧密的识别联系,此种情况下即构成侵犯肖像权。从这个意义上讲,扮演真实历史人物的演员是否对其剧照享有肖像权值得探讨。郑成思先生认为,“扮演者的剧照不能一概而论”<sup>①</sup>,当演员扮演的是历史上真实出现的人物时,演员是否对剧照拥有肖像权分成两种情况。第一种情况,当该演员不为观众熟知时,人们看到剧照联想到的是其扮演的真实人物,因而不存在侵犯演员肖像权的问题;第二种情况,当演员本身拥有一定的知名度时,其是否对剧照拥有肖像权,应当通过对比自身知名度与扮演角色的知名度对比后得出结论。

### (三)章金莱诉蓝港在线(北京)科技有限公司人格权纠纷案<sup>②</sup>(以下简称“真假孙悟空案”)

著名演员章金莱(六小龄童)诉蓝港在线(北京)科技有限公司(以下简称“蓝港在线公司”)人格权纠纷案,对于侵犯影视演员肖像权纠纷案件的解读更具有代表意义,该判决回答了影视演员所创造的经艺术化处理的形象是否构成肖像权客体的问题。

章金莱于2009年7月发现蓝港在线公司在其运营的网络游戏“西游记”中使用了其在1987年版《西游记》电视剧(以下简称“87版《西游记》”)中扮演的孙悟空形象,将蓝港在线公司诉至法院,要求停止使用章金莱扮演的孙悟空形象并赔礼道歉、赔偿损失。蓝港在线公司答辩称,其在网络游戏中使用的孙悟空形象是根据原著《西游记》独立创作完成,没有使用或抄袭章金莱在央视版《西游记》中的剧照,更没有使用和抄袭章金莱本人的肖像。此案一审法院以章金莱在央视版《西游记》中所塑造的孙悟空形象并非本人肖像,蓝港在线公司在网络游戏中使用的孙悟空形象之行为不构成侵犯肖像权为由,驳回章金莱的诉讼请求。但此案二审法院则修正认为,章金莱在87版《西游记》中的孙悟空形象虽然是基于古典文学作品创作,并进行了艺术化处理,但是该形象是在章金莱的面部容貌、体貌基础上经化妆等艺术处理后形成,与章金莱个人的五官特征、轮廓、面部表情密不可分,章金莱所饰演的孙悟空艺术形象与其个人具有一一对应的关系,即该形象与章金莱本人之间具有可识别性;在相对稳定的时期内,在一定的观众范围里,看到央视版《西游记》中的孙悟空形象,就能认出其饰演者章金莱,当某一角色形象与自然人之间具有一一对应的关系时,对该形象的保护应该属于肖像权保护的射程。二审法院在认定章金莱对央视版《西游记》中的孙悟空艺术形象具有肖像权的情况下,最终对比央视版《西游记》中的孙悟空图片与蓝港在线公司网络游戏中使用的孙悟空图片,认为两者有显著的区别,从而认定蓝港公司并未侵犯章金莱的肖像权而驳回了章金莱的诉讼请求,但此案的真正意义在于通过司法裁决确认影视演员对其饰演的角色艺术形象在一般公众可识别性的条件下享有肖像权。

影视演员所饰演的都是影视剧本所设定的角色形象,从“真假孙悟空案”的判决理由可以看出,对于经过艺术化处理的形象是否成为饰演者的肖像,应以角色形象与饰演者本人之间是否具备可识别性为标准,当一般公众能够将角色形象与饰演者本人建立一一对应的视觉关系时,则角色形象即应当作为饰演者本人的肖像权的客体。

### (四)赵本山诉海南天涯在线网络科技有限公司肖像权纠纷案(以下简称“赵本山案”)

赵本山诉海南天涯在线网络科技有限公司(以下简称“天涯公司”)、谷歌信息技术(中国)有限公司(以下简称“谷歌公司”)肖像权纠纷一案,是一起典型的擅自使用含有自然人肖像的卡通漫画侵权案件。

赵本山于2009年5月发现,海南天涯公司和谷歌公司为宣传其共同开发的网络互动问答产品“天涯问答”,在未经许可的情况下,擅自在天涯社区中多次发布有与赵本山高度相似的漫画形象,并伴有“有才”“不差钱”等旁白的FLASH动画。赵本山将海南天涯公司和谷歌公司诉至法院,认为二公司的行为严重侵犯了自己的肖像权。一审法院审理认为,作为著名笑星演员,赵本山的个人肖像具有显著的可识别性,天涯社区页面中发布的漫画形象并伴有旁白等,一般公众可将相关卡通形象明确与赵本山联系起来。卡通漫画作为

<sup>①</sup> 郑成思先生将剧照分为四类,分别是:(1)观众不认识的(不知名的)演员扮演虚构人物;(2)观众不认识的演员表演真实人物;(3)观众认识的(知名的演员)扮演虚构人物;(4)观众认识的演员扮演真实人物。

<sup>②</sup> 北京市西城区人民法院(2010)西民初字第10534号一审判决书;北京市第一中级人民法院(2013)一中民终字第05303号二审判决书。

美术作品的一种形式,只要能反映出具有可识别性的自然人形象,就可以作为肖像权保护对象。最终,本案一二审法院均认定天涯公司及谷歌公司的行为构成侵犯肖像权。

与此相似的另一案例是张振锁(艺名张亮)诉北京车之家信息技术有限公司(以下简称“车之家公司”)、北京华日菱汽车贸易有限公司(以下简称“华日菱公司”)肖像权纠纷案<sup>①</sup>(以下简称“张亮卡通形象案”)。此案因张亮于2014年3月发现华日菱公司在车之家网站发布产品宣介文章,文章内含有张振锁与其儿子参加的电影《爸爸去哪儿》的剧照(其中包含张振锁父子二人的形象图片)以及带有人物卡通形象配图,将两公司以侵犯肖像权为由诉至法院。华日菱公司则辩称,两张涉案照片,一张是《爸爸去哪儿》的剧照,不是张振锁本人,另一张是卡通图片,不是张振锁的肖像,但指向张振锁。一审法院经审理认为,虽然该案所涉及的卡通形象与张亮本人形象有所差异,但其作为文章的配图,在文章内“张亮、XX和T台”等字样的说明之下,读者很容易将上述卡通形象与张振锁产生联系,使卡通形象具有明确的关联性和辨识性,涉案卡通形象所利用的权利属于肖像权的范畴。最终法院认定两公司侵犯肖像权成立。

两案对于包括卡通漫画在内的绘画作品是否构成肖像载体的判别问题,仍然是以可识别性、可辨别性作为判断标准,尽管卡通漫画已经超出了常人所理解的肖像范畴,但只要使他人能够产生与特定自然人的一一对应关系,则依然能成为肖像权的范畴。

## 二、侵犯影视明星肖像权的判断标准

在众多的肖像权纠纷案例中,大部分被诉侵权方均以并未使用原告的肖像为由进行抗辩,而审理法院的首要任务也是应该首先查明是否使用了原告的肖像,只有在确定原告对涉案的外部形象具有肖像权,才能以此为基础判断侵权是否成立,故是否使用了权利方的肖像是判断此类纠纷案件的基础。笔者对此从“构成肖像的判断标准”“侵犯肖像权的判断标准”两个层次分别加以阐述。

### (一)构成肖像的判断标准——可识别性

虽然在司法实践中已经将“可识别性”渐化为一种判断标准,但对于诸如上述的“真假孙悟空案”“卡通赵本山案”“张亮卡通形象案”,对于争议很大、较难辨别是否指向本人的使用肖像行为,其认定大部分实际来源于审理法官根据日常经验法则的认知,比如前述的“真假孙悟空案”中,一审法院和二审法院对章金莱是否对央视版《西游记》中的孙悟空角色形象具有肖像权,做出了截然不同的认定,反映了不同审理法官对该问题的认知不同。

我国的立法从未对肖像做过准确的定义,理论上也有诸多分歧。王利明先生认为,肖像是通过一定方式所反映出来的自然人的面部形象。<sup>[2]</sup>这一观点由于将肖像局限于自然人的面部形象,过于狭窄,不少学者对其持反对意见。王泽鉴先生认为,尽管肖像以人之面部特征为主要内容,但应作出更宽泛的解释,但凡可以呈现个人外部形象者,均构成肖像。<sup>[3]</sup>有学者持有相似的观点,认为自然人的五官或者面部形象并不是肖像必备内容,能足以使人清楚辨认出肖像权人的就应当认定构成肖像。<sup>[4]</sup>本文认为,肖像权是以人格尊严为基础的人格权,保护肖像权的核心目的在于保护自然人的精神利益,肖像权受到侵犯的后果是因肖像被歪曲、丑化、侮辱以及他人擅自使用而带来的社会评价的降低,从而导致自然人的精神受损。从这一根本属性出发,判断是否使用他人肖像,离不开他人的心理评价这一客观体现。肖像是特定自然人外部形象通过一定载体的客观再现,而外部形象则是自然人基于思想或感情活动产生的一种视觉效果,因此,剧照、卡通形象、轮廓等肖像载体是否具有可识别性,是判断该肖像载体受到肖像权保护的关键。笔者认为,“可识别性”包括三个要素,分别是“识别范围”“识别条件”和“识别结果”。

“识别范围”是指在何种范围内的人群在肖像载体和肖像权人之间产生了一一对应的联系,划分标准由肖像权人的类型决定,即是普通人抑或是影视明星;“识别条件”是对“识别范围”内人群认知状态的要求,要求其达到一般理性人的认知状态;“识别结果”只存在是或否,即某一“识别范围”内的人是否能由肖像载体联

<sup>①</sup> 北京市海淀区人民法院(2014)海民初字第22957号一审判决书;北京市第一中级人民法院(2016)京01民终496号二审判决书。

想到肖像权人。如果肖像载体所指向的对象是一般的特定自然人,识别范围应当限定在其熟悉的亲友、邻居、同事之间,当识别范围人群能够将肖像载体与认识的该自然人产生一一对应的联系时,则该肖像载体是受到肖像权保护的肖像;反之,只有个别的与其特别紧密的亲友,通过肖像载体的某些特点或局部特征认为可能指向该自然人时,则此时就不能产生具有普遍的、法律判别意义上的一一对应关系,该肖像载体不属于受到肖像权保护的肖像。同理,当肖像所指向的对象是影视明星时,识别范围应当扩张到一般社会公众,当社会公众能够将肖像载体与该影视明星产生一一对应的联系时,则该肖像载体是受到肖像权保护的肖像。在此问题上,“真假孙悟空案”的二审判决作出了较为科学的回答,二审判决认为:该形象与章金莱之间具有可识别性,在相对稳定的时期内,在一定的观众范围里,看到央视版《西游记》的孙悟空形象,就能认出其饰演者章金莱,当某一角色形象与自然人之间具有一一对应的关系时,对该形象的保护应该属于肖像权保护的射程。

在“可识别性”标准的规范下,“真假孙悟空案”二审中通过两个图片的比对从而认定两者差异很大的结果和方法就值得商榷,这实际上是二审法官的认知结果而非一般社会公众的认知结果。在是否使用主张权利方的肖像方面较难辨别的情况下,笔者欣赏采用社会公众调查的方法得出裁判结论。在美国著名篮球明星迈克尔·杰弗里·乔丹诉被告国家工商行政管理总局商标评审委员会、第三人乔丹体育股份有限公司(以下简称“商标争议行政纠纷案”<sup>①</sup>)中,审理法院就充分运用第三方社会调查机构的调查结果,此点对于较难辨别的侵犯肖像权案件具有一定的借鉴意义。在该案中,再审申请人迈克尔·乔丹方为获得一般消费者对乔丹体育品牌和再审申请人之间关系的认知,分别在北京、上海、广州、成都和常熟五个城市展开了调查活动,最终的调查报告为法院了解一般公众的认知提供了帮助。但是,从调查报告的专业程度得知,这样一份报告是耗费了大量人力、物力和时间获得的,迈克尔·乔丹能够承担调查所需的费用,但放眼全国的案件,能够负担调查费用的当事人是少数,因此依靠一方当事人自行调查并不现实。为了避免法官用自己的认知代替一般公众的认知,笔者建议在肖像权纠纷案件中,先由法院进行类似“乔丹案”中的调查活动,最终判决调查过程中支付的费用由败诉方承担。

综上,判断肖像的可识别性,应以在特定自然人可被识别的范围内、识别范围内公众在通常认知状态下,就肖像载体产生与该特定自然人一一对应的认知结果为标准。

## (二)侵犯肖像权的现有判断标准

从现有的法律规范看,关于肖像权保护的立法条文较少,散见于《民法通则》《民法总则》《侵权责任法》以及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》和《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》等司法解释文件当中,且绝大部分都采用列举民事权利或人格权利种类、以及需承担民事责任方式的规定,例如《民法总则》第一百一十条规定,“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利”。

不过,仍有一部分规范文件对侵犯肖像权行为的构成要件有所规定。《民法通则》第一百条规定,“公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像”。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第一百三十九条规定,“以营利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为”。综上,目前立法中对侵犯肖像权行为的认定包括两个要素,一是未经肖像权人同意,二是以营利为目的。《民通意见》列举了包括做广告、商标和装饰橱窗等三项以营利为目的的行为,既是一种保证列举完整的立法技术,也更加符合生活常识。

对比一般侵权行为的四个构成要件,“未经肖像权人同意”即为权利人主观过错的体现,在所有判断肖像权侵权的案件中都会确认这一要件。而“以营利为目的”实为主观过错的一种具体类型,由于其缩小了肖像权侵权行为的范围,导致非商业性使用他人肖像的做法将不被视为侵权行为,一部分学者认为应当删去此要

<sup>①</sup> (2014)一中行(知)初字第9163号一审判决书;(2015)高行(知)终字第1079号二审判决书;最高人民法院(2016)最高法行再27号再判决书。

件<sup>[5]</sup>,近年来,实践中也有不少法院放弃“以营利为目的”作为判断侵权行为的要件<sup>[5]</sup>。然而,在本文前述分析的全部有关影视明星肖像权的案例中,审理法院无一例外地审查并评判被告是否具备营利目的,彰显了影视领域肖像权侵权与一般肖像权侵权案件的不同。

尽管在影视领域出现的肖像权侵权案件多涉及经济纠纷,但影视明星在作为明星的同时仍然是一名自然人,精神权利理应受到保护。在现实生活中,不乏出现在他人的肖像上乱写乱画,进而诋毁、侮辱他人人格的行为,因而有学者认为我国法律对肖像权侵权认定的范围过窄,“对于其他非营利性使用,如以人格侮辱和造谣诽谤为目的的使用等未及问津”<sup>[6]</sup>。这种行为直接丑化了他人的形象,不仅构成对肖像权的侵害,往往还构成对名誉权的侵害,并非所有毁坏肖像的行为都侵犯了名誉权,但无一例外会伤害肖像权人的感情,因此将“以营利为目的”删去更为合适。此点实际在司法实务中早已达成共识,最高人民法院在1988年3月召开的华北五省(市、区)审理侵害著作权、名誉权、肖像权、姓名权案件工作座谈会认为:擅自使用他人肖像,不论是否营利,均可认定侵害了他人肖像权,不能认为侵害肖像权必须以营利为目的。也就是说,在司法实践中,法院一般都将营利性认定为是否侵害肖像权和确定精神损害赔偿赔偿责任考虑的情节因素,而并不是侵权的构成要件。在学者草拟的中国民法典建议稿中,对此问题的界定也十分明确。最高人民法院(1990)民字第28号复函批示特别强调:“未经肖像权人同意,不得使用其肖像”。

综上,目前侵犯肖像权行为的构成要件与一般侵权行为基本吻合,包括侵权行为、主观过错、损害结果和因果关系四个要件。由于《民法通则》明文规定了“以营利为目的”,因而在立法和实务中将其也作为判断侵权的要件,但近年来,理论和实务界出现了不同的声音,我国《民法总则》删去了肖像权侵权构成的条件,尽管没有明确说明,但可以视为对“以营利为目的”要件的否定,不过还期待未来更加明确的立法规定,使肖像权侵权案件真正摆脱“以营利为目的”的限制。

### 三、肖像权保护规则的未来发展

#### (一)对肖像权适度的扩张解释和运用

由于现代科技的发展,肖像的载体已远不止于摄影照片、绘画。前文,笔者对肖像的认定提出了“可识别性”的标准,除面部特征外,外部形体、轮廓、背影,甚至身体的局部特点等所有能够反映自然人外部形象的因素都可纳入肖像的范畴。针对这一点,美国法在立法和实践方面也提供了依据。

美国法对自然人形象保护的权益类型是形象权,美国形象权制度下保护的客体是自然人的身份及其所代表的商业价值。<sup>[7]</sup>在侵犯形象权的诉讼中,判定某一客体是否属于形象权的客体,基本的要件是看该客体能否指示某一自然人,这些客体在法律上被称为“可指示性要素”(identifiable element),<sup>[7]716</sup>肖像就是其中最重要的“可指示性要素”。美国的形象权对于“肖像”的保护范围十分广泛,不仅包括人的脸部形象,还包括人的其他能指向其本人的身体特征,如侧影、背影、轮廓等。并且“肖像”也不仅包括照片、画像,还包括能反映其突出特征的画像,如漫画等。<sup>[7]716</sup>

相关的典型案例有1978年的拳王“阿里”案<sup>①</sup>和1997年的“文迪特”案<sup>②</sup>。在前一案例中,尽管被告杂志没有直接使用阿里的肖像,但法院判定被告通过对阿里公认特征的描绘,如“颧骨、宽阔的鼻子、棕黑色的眼睛,以及独特的微笑和卷曲的黑发”,侵犯了阿里的形象权。在后一案例中,机器人公司未经许可,依据两名演员在电视剧中扮演角色形象而制造和销售了相应的机器人,陪审团认为,机器人的形象能够令人联想到两名演员本人的形象,因而法院判决机器人公司的行为侵犯了两名演员的形象权。

形象权制度脱胎于隐私权制度并与之互补,将自然人人格权利中的财产性利益提炼出来,为对自身身份享有巨大商业利益的影视明星提供了相对完备的法律保护。但对于是否将形象权制度移植到我国,目前仍有不少反对声音。一方面,在美国并不存在适用于整个联邦的统一形象权法,各州因自身商业文化的不同

① Ali v. Playgirl, Inc., 447 F. Supp. 723, 206 USPQ 1021 (S. D. N. Y. 1978).

② Wendt v. Host International, Inc., 125 F. 3d 806 (9<sup>th</sup> Cir. 1997).

同,对形象权的接受和规定有很大差别。<sup>[8]</sup>因此,由于在法律体系上存在的较大差异,中国不可能仅在一部分商业发达的地区适用形象权,而在全国范围内通行一个美国都未能实现全国统一的制度,则更加不恰当。另一方面,我国已有肖像权保护人物形象,我国的肖像权在保护经济利益的同时兼顾对肖像权人精神利益的保护,若引入仅保护人物形象经济利益的形象权制度,会对我国现有法律制度造成不小的破坏。但对肖像权做适度扩展解释,将凡是体现特定自然人外部形象的因素纳入到肖像权的范畴,无疑对民事权利保护是积极的作用。章金莱一案的二审判决就做出了这样的司法宣示。因此,在现有肖像权规定的基础上进行适当扩张,在现有司法实践中不仅是必要的,也是可行的。

## (二) 确立肖像的合理使用范围及许可使用规则

依前文分析,在目前的立法和实践中,“非营利目的”逐渐不被作为认定肖像权侵权的要件,从而肖像权利人能享有更为完备的保护。然而,在为肖像权扩张权利边界的同时,还需警惕权利的范围过大,导致挤压公共利益空间的问题。类比著作权法中的合理使用制度,有学者提出肖像权的合理使用应当是“基于正当目的而使用他人肖像的行为”<sup>①[9]</sup>。对某以行为是否具有“正当目的”的判断与该行为是否具有社会公共利益,以及该行为是否存在商业使用目的二者密不可分。肖像权人是普通人或者影视明星,在对社会公共利益的判断中有重大区别。对于影视明星而言,公众人物的身份赋予其更多的社会义务,如在“刘翔诉《精品购物指南》报社、北京精品卓越科技发展有限公司及北京中友百货有限责任公司”<sup>②</sup>一案中,对于《精品购物指南》封面使用刘翔在第28届奥运会上的跨栏形象的行为,一审法院认为涉案肖像属于与特定意义公共事件相结合的肖像,法律对权利人的肖像权予以限制,构成合理使用。但本案二审推翻了一审判决,二审法院认为,封面刊载的刘翔肖像不是完全为了报道刘翔奥运夺金的事件,故不属于单纯的新闻报道,也即不属于合理使用行为。可见,法院在判断肖像权的合理使用行为时,仍存在多种见解,未能达成一致。

对于商业使用目的,由于商业性质的使用将取代肖像权人许可使用的方式,损害权利人的财产利益,而合理使用制度的本质是平衡权利人与使用人和社会公众之间的利益,并不意在损害一方利益。因此,“凡商业性质的使用一定不是合理使用,但非营利的使用未必是合理使用”<sup>[10]</sup>,对于合理使用判断,需根据前文对社会公共利益的分析。类比著作权法中属于合理使用的情形,肖像权合理使用可以包括为个人研究学习目的、新闻报道、国家机关执行公务等过程中使用他人肖像的行为。著作权法合理使用制度还包括一类关乎自然人基本权利的行为,如允许评论、讽刺他人作品时对作品的使用是对言论自由权利的支持,也有利于社会整体创作水平的提升,在肖像权使用中不存在类似的合理使用行为。

另外,一部影视剧从前期制作到上映结束,制作方需要使用演员剧照的情形不胜枚举,若双方签订的合同对此约定不明,此时会出现演员肖像权与制作方对肖像的使用权的冲突。如同任何权利的让渡过程,合法使用某一自然人的肖像需要首先得到肖像权人的许可。许可分为明示许可和默示许可。明示许可是指,权利人通过书面或口头方式对受让方进行许可,如签订肖像权使用合同;默示许可是指,肖像权人未做出不许可的意思表示时,视为许可对方使用其剧照,如电影拍摄合同中未规定剧照的使用许可时,应当视为相关影视明星已授予制作方默示许可,允许制作方在符合电影、电视剧、综艺等影视娱乐作品合理用途范围内使用剧照。合理用途包括影视作品的放映、宣发过程。如果不允许默示许可的存在,影视行业的众多正常商业活动将被视为侵权,既违情理也违法理。

## 参考文献:

- [1]郑成思. 商品化权刍议[J]. 中华商标, 1996(2): 5.
- [2]王利明. 民法新论上册[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1988: 187.
- [3]王泽鉴. 人格权保护的课题与展望[J]. 台湾法学杂志, 2006(87): 61.
- [4]张俊浩. 民法学原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1991: 149.

① 借鉴吴汉东教授对著作权法合理使用制度的界定,张红教授将肖像权的合理使用定义为:在法律规定的条件下,既不必征得肖像权人的同意,又不必向其支付报酬,基于正当目的而使用他人肖像的合法行为。

② 北京市海淀区人民法院(2005)海民初字第2938号一审判决书;北京市第一中级人民法院(2005)一中民终字第8144号二审判决书。

- [5]张红.“以营利为目的”与肖像权侵权责任认定——以案例为基础的实证研究[J].比较法研究,2012(3):68.
- [6]吕彦.公民肖像权若干问题探讨[J].现代法学,1990(4):53.
- [7]李明德.美国知识产权法[M].北京:法律出版社,2014:700.
- [8]朱广新.形象权在美国的发展状况对我国立法的启示[J].暨南学报(哲学社会科学版),2012(3):31.
- [9]张红.肖像权保护中的利益平衡[J].中国法学,2014(1):279.
- [10]吴汉东.著作权合理使用制度研究[M].北京:中国人民大学出版社,2013(3):174.

## An Empirical Study on the Dispute of Portrait Right of Film and Television Actors

LIU Chengwei

(College of Comparative Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** When practicing the law, how to define an infringement on the right of portrait is a complicated issue. It consists of two aspects: one is the criterion of portrait, and the other is the components of an infringement act. The criterion of portrait should not be limited to a person's facial feature, on the contrary, it should consist of any portrait feature, which is "recognizable". Being "recognizable" means other people can be reminded of the person by the portrait feature. As for the components of an infringement act, the component of "having a purpose of making money" should be abandoned, in order to broaden the scale of protecting the right of portrait. In the meantime, the scale of right and fair use should also be distinguished; accordingly, the social value of the right of portrait can be accomplished.

**Key words:** portrait; recognizable; the components of an infringement act; fair use

(责任编辑:董兴佩)

(上接第10页)

## Intelligent Revolution and Prospects for Human Deep Intelligentization (by Writing)

LIU Dachun, CHENG Sumei, DUAN Weiwen, LIU Yongmou, YANG Qingfeng

**Editor's Note:** In recent years, with the rising of big data, artificial intelligence (AI), robot industry and its applications, the vision of the intelligent revolution and the intelligent society is on the horizon. For the purpose of taking advantage of the historical opportunity empowered by AI and making technological advancements, such as AI, driving forces for the better life, we must deal with the emerging issues in the aspects of law, security, employment, ethics and governance brought by the recent developments of intelligent revolution. Therefore, it is necessary for us to seriously probe into the possibility of the deep intelligentization evolution in the aspects of human life, behaviors, cognition and emotion that the intelligent revolution may bring about. In order to offer comprehensive and profound philosophical reflection on its essence, performance and prospects, under the joint efforts of Shanghai Association for Science and Technology, Science and Technology and Social Research Center of CASS, and Shanghai Dialectics of Nature Society, the research group of the important project "Intelligent Revolution and the Philosophical Research on the Prospects of Human Being by Deep Science and Technology" (Supported by Chinese National Social Sciences Foundation, Chief Expert: Duan Weiwen) held a Symposium on "Intelligent Revolution, City and Human Future" in Shanghai. We honorably invite five participating scholars of the Symposium to have further discussion on the nature of the intelligent revolution, its profound influence on human beings, and prospects for deep intelligentization on cognition and life of human beings, so that we can enhance in-depth discussions on issues related to the future impact of the development of AI.

**Key words:** intelligent revolution; human deep intelligentization; Fourth Revolution of Science and Technology; human prospects; analytical society; machine Utopia; human memory

(责任编辑:黄仕军)